

Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa

Giorgio Pino*

Scientific interpretation, decisional interpretation, creative interpretation. The article critically reviews Riccardo Guastini's theory of legal interpretation, as it is now exposed in the recent book *Interpretare e argomentare*. While broadly sympathetic with Guastini's jurisprudential project, the author tries to highlight some weaknesses in his conceptual framework – namely, regarding the distinction between “scientific” and “decisional” interpretation, the distinction between interpretation properly understood and creation of new law, and the concept of interpretive creativity.

Keywords: legal interpretation, framework of possible meanings, acknowledging existing law vs creating new law

*Interpretare e argomentare*¹ è una eccellente sintesi, o forse più propriamente un *restatement*, della produzione di Riccardo Guastini in materia di interpretazione giuridica negli ultimi dieci anni o giù di lì (in effetti questo libro rappresenta un aggiornamento o riscrittura critica del precedente *L'interpretazione dei documenti normativi*). Rispetto all'opera che ne costituisce l'immediato precedente, questo libro sembra comunque presentare – oltre a forti tratti di continuità – alcuni importanti profili di innovazione²: profili che forse consistono più in una maggiore enfasi e attenzione che in passato verso alcune tematiche, anziché nella “scoperta” di temi nuovi. Mi riferisco in particolare a due elementi: per un verso, una più estesa trattazione delle varie teorie dell'interpretazione, che qui riceve decisamente maggiore attenzione che in passato (vi è dedicata la Parte V del libro). Per altro verso, una maggiore attenzione e più frequenti riferimenti all'aspetto della creazione dottrinale del diritto (*Juristenrecht*), al contributo che i giuristi dogmatici portano alla creazione del diritto, ciò che Guastini – con formula non a caso di stampo pandettistico – denomina “costruzione giuridica” (v. l'intera Parte II, nonché frequenti riferimenti lungo tutto il volume). In particolare, Guastini riconduce adesso alla unitaria categoria concettuale della costruzione giuridica svariati fenomeni, che peraltro egli in passato aveva già ampiamente studiato con analisi acute, originali e penetranti, quali la tecnica del bilanciamento tra principi costituzionali, le varie modalità di creazione di norme inesprese, la creazione di lacune da parte degli interpreti, ecc.

Il lavoro di analisi e di chiarificazione concettuale svolto negli anni da Guastini rappresenta una grammatica teorica ormai semplicemente imprescindibile per chiunque si occupi di interpretazione giuridica. In questo intervento, però, non ripercorrerò gli innumerevoli punti fermi che Guastini ha posto in tema di interpretazione giuridica³. Piuttosto, mi limiterò a discutere criticamente alcuni profili o presupposti teorici del libro di Guastini, alcuni dei quali ritengo giochino un ruolo strategico all'interno del suo impianto

* Ringrazio Bruno Celano, Pierluigi Chiassoni, Enrico Diciotti, Riccardo Guastini, Mario Jori e Vito Velluzzi per i loro commenti su una versione precedente di questo saggio.

¹ Guastini (2011a). Dove non diversamente indicato, i numeri di pagina si riferiscono a quest'opera.

² Utili spunti per una ricostruzione diacronica della teoria dell'interpretazione di Guastini si possono desumere da Barberis (2000). In questa sede, metterò solo occasionalmente a confronto le idee espresse da Guastini in questo libro con quelle espresse in altri suoi lavori.

³ Peraltro, i miei debiti intellettuali verso l'opera di Guastini sono talmente evidenti e numerosi che sarebbe troppo lungo, oltre che stucchevole, enumerarli qui.

concettuale, e che non trovo del tutto convincenti. Se dovessi provare a trarre una conclusione provvisoria dal discorso che segue, forse la riassumerei così: mi sembra che Guastini, nell'opera in commento, abbia indebolito notevolmente alcuni dei pilastri su cui poggia il suo scetticismo interpretativo. In effetti, sotto vari punti di vista la sua posizione, così come emerge da questo libro, appare difficilmente distinguibile da qualche versione non ingenua e non essenzialista della teoria "eclettica" o mista dell'interpretazione⁴ (questa mi sembra essere la conclusione cui giunge, con argomenti diversi, anche Diciotti 2013).

Qui non svilupperò frontalmente questa tesi; piuttosto, proverò a farla emergere in filigrana, per così dire, dalle osservazioni più specifiche che svolgerò nei paragrafi seguenti. In particolare discuterò: la distinzione tra interpretazione cognitiva e interpretazione decisoria (§ 2); la distinzione tra interpretazione propriamente detta e creazione o costruzione giuridica (§ 3); e infine, la nozione di creazione di diritto da parte degli interpreti (§ 4). Il modo in cui Guastini imposta questi problemi si riverbera, come dicevo, sull'intera struttura teorica e concettuale del libro: dunque vale la pena, ritengo, di esaminarli con un po' di attenzione. Per parte mia, in relazione ai tre punti appena menzionati proverò a mostrare: che la prima distinzione è concettualmente mal formata; che la seconda distinzione – pur non concettualmente mal formata – è descrittivamente inefficace; che la terza nozione è, almeno in parte, oscura.

1. Una questione di stile

Prima di entrare nel merito delle mie osservazioni critiche, una considerazione che riguarda un aspetto non secondario dello stile espositivo e argomentativo di Guastini.

Una caratteristica ricorrente nello stile argomentativo di Guastini (ma non è una novità di questo libro) è l'uso massiccio delle opposizioni dicotomiche. Si vedano ad esempio i quattro tipi di ambiguità di "interpretazione" censiti nel cap. II (processo vs prodotto; interpretazione in astratto vs in concreto; interpretazione cognitiva vs decisoria; interpretazione propriamente detta vs costruzione giuridica), o le sette coppie di aggettivazioni dell'interpretazione nel cap. VII (significato oggettivo vs soggettivo; significato contestuale vs a-contestuale; significato *prima facie* vs tutto considerato; significato originario vs attuale; interpretazione dichiarativa vs correttiva; interpretazione estensiva vs restrittiva; interpretazione originalistica vs evolutiva), o anche l'opposizione tra interpretazione testuale (o di fonti, o di documenti normativi) e interpretazione della consuetudine di cui al cap. I.

Alcune di queste coppie dicotomiche sono assolutamente convincenti e proficue per una esplicazione teorica del fenomeno interpretativo⁵, altre meriterebbero probabilmente una discussione (che in questa sede non svolgerò) e forse, da parte dell'Autore, qualche chiarimento ulteriore⁶. Ad ogni modo, ciò che mi interessa in questo momento evidenziare è

⁴ Si veda ad esempio la seguente citazione testuale, che potrebbe essere ascritta a qualsiasi esponente della teoria eclettica, da Hart in giù: «Data una norma qualsivoglia, vi sono casi ai quali essa è certamente applicabile, casi ai quali essa non può certo essere applicata, e finalmente casi "dubbi" o "difficili" che cadono in una "zona di penombra": casi, cioè, per i quali l'applicabilità della norma è discutibile» (277; v. anche 60).

⁵ Mi sembra, ad esempio, del tutto da condividere, e ampiamente da utilizzare, la distinzione tra interpretazione *prima facie* e interpretazione "tutto considerato" (111, 401-2, 405). Si tratta di una distinzione proficuamente utilizzata anche nei lavori di Pierluigi Chiassoni (1990; 2008, 485), e di Enrico Diciotti (1999, 203 e *passim*).

⁶ Mi sembra, ad esempio, particolarmente precaria la distinzione tra interpretazione in astratto e interpretazione in concreto, stante la precarietà della distinzione tra analitico e sintetico (Quine), e la non completa separabilità delle dimensioni del senso e del riferimento nel processo di individuazione/costruzione

appunto l'uso massiccio delle opposizioni dicotomiche da parte di Guastini, certamente dipendente dalla sua impostazione analitica e dalla associata ricerca di chiarezza e di pulizia concettuale – Guastini ama citare l'affermazione di Bobbio secondo cui tanti giuristi sono insofferenti delle distinzioni solo perché sono distinzioni (Bobbio 1954, 91; Guastini 2011b, nt. 16). Ora, di questa tecnica argomentativa ed espositiva, che è poi un vero e proprio stile di indagine teorica, mi interessa qui mettere in luce due aspetti: in primo luogo, la tecnica delle distinzioni dicotomiche, per sua natura, pone una netta enfasi sulle differenze tra gli enti dicotomicamente distinti, e porta dunque ad occultare gli eventuali profili di somiglianza e di continuità tra i fenomeni sotto osservazione. Con la conseguenza che, se accade che i fenomeni sotto osservazione tendano a collocarsi in maniera preponderante su punti mediani dello spettro che ha come estremità le entità indicate come dicotomiche, l'opposizione dicotomica perde gran parte del suo valore esplicativo ed informativo.

In secondo luogo, le opposizioni dicotomiche spesso non sono del tutto innocenti, valutativamente neutre. Intendo dire che spesso, costruita una dicotomia, la si converte tacitamente in una gerarchia: uno degli enti dicotomicamente distinti “sta sopra”, è buono, l'altro “sta sotto”, è la brutta copia o la deviazione da evitare⁷. Questo è ciò che mi sembra accadere, appunto tacitamente, con alcune delle dicotomie tracciate da Guastini, come quella tra scienza giuridica e dottrina o dogmatica (la prima è vera conoscenza scientifica, la seconda è manipolazione dei materiali giuridici, non dichiarata e ideologicamente connotata), quella tra interpretazione cognitiva e interpretazione decisoria o creativa (idem), o quella tra interpretazione propriamente detta e costruzione giuridica (dove la seconda attività cercherebbe di sfruttare abusivamente il *nomen* di interpretazione per svolgere, in realtà, attività nomopoietiche)⁸.

Nulla di male in questo, almeno quando il giudizio di disvalore veicolato dall'opposizione dicotomica sia debitamente esplicitato, e magari le ragioni del disvalore siano anch'esse dichiarate⁹, ma resta ancora da vedere se quelle che sono trattate come opposizioni dicotomiche siano effettivamente tali o se invece, tra i fenomeni dicotomicamente distinti, non vi siano importanti affinità o somiglianze di famiglia che sarebbe bene tenere in considerazione. In altre parole, parafrasando Bobbio parafrasato da Guastini, il rischio è di affezionarsi ad una distinzione solo perché è una distinzione. Di questo mi occuperò nei due paragrafi seguenti.

del significato. Su quest'ultimo punto, v. diffusamente Villa (2012, 184-187); e v. altresì una importante concessione in tal senso – qui non riprodotta – in Guastini (2004a, 83, nt. 16). Guastini comunque non è l'unico teorico del diritto ad utilizzare una distinzione di questo tipo: si vedano ad es. Ross (1965, 111, interpretazione “mediante il significato” e interpretazione “mediante verificaione”); Ferrajoli (1966).

Inoltre, è un po' strano il trattamento che Guastini fa dell'interpretazione della consuetudine (10-11): per un verso Guastini esclude che l'interpretazione della consuetudine sia interpretazione testuale; ma al contempo afferma che l'unico modo di ricostruire (e dunque interpretare) una consuetudine consiste nell'analizzare i comportamenti *linguistici*, i discorsi (e non ad esempio, i “comportamenti concludenti”) dei soggetti interessati. Ma i discorsi non sono altro che testi, anche se non necessariamente scritti, e peraltro i discorsi che denotano, e integrano, l'esistenza di una consuetudine potrebbero ben essere scritti, come accade per certe prassi bancarie. E dunque, così intesa, l'interpretazione della consuetudine è in effetti una forma di interpretazione testuale.

⁷ Questo è ciò che Bobbio chiama “uso assiologico” delle dicotomie: v. Bobbio (2007, 123-124).

⁸ Cfr. ad es. Guastini (2011b, nt. 17): «La mancata distinzione tra interpretazione propriamente detta e costruzione giuridica produce, tra l'altro, l'effetto di *contrabbandare* le attività nomopoietiche di giudici e giuristi come *innocue* operazioni interpretative»: in questa citazione i corsivi, da me aggiunti, mi pare svelino chiaramente le opzioni assiologiche di Guastini al riguardo.

⁹ Si può plausibilmente ritenere che le principali ragioni che portano Guastini a guardare con malcelato sfavore alcuni elementi delle menzionate coppie dicotomiche riguardino il fatto che importanti decisioni nomopoietiche siano spesso assunte da soggetti privi di legittimazione democratica, e il loro (peraltro potenziale) contrasto con il valore della certezza del diritto.

2. Interpretazione cognitiva vs interpretazione decisoria

La prima distinzione di cui mi occuperò è quella tra interpretazione cognitiva e interpretazione decisoria. Con ciò Guastini intende, notoriamente, per un verso l'interpretazione che si limita ad elencare i possibili significati che possono essere astrattamente ascritti ad un testo normativo (interpretazione cognitiva), e per altro verso l'interpretazione che consiste nello scegliere uno specifico significato tra i vari possibili, e censibili dall'interpretazione cognitiva, come il significato da utilizzare nell'attività di applicazione del diritto (interpretazione decisoria); peraltro, il significato prescelto potrebbe non essere neppure ricompreso tra quelli astrattamente ascrivibili al testo interpretando – l'interprete potrebbe, di fatto, andare al di là della cornice dei possibili significati del testo – e così si avrebbe una interpretazione decisoria di tipo creativo (76, 338)¹⁰.

Si tratta di una opposizione dicotomica, netta, tra cose diverse: *accertamento* di possibili significati vs *scelta* di un significato (28, nt. 43); sono attività che hanno «differente statuto logico» (426)¹¹. Sono inoltre attività che hanno diverso statuto “pragmatico” (non trovo termine migliore): l'interpretazione cognitiva, secondo Guastini, essendo “puramente scientifica”, non ha effetti pratici (31); di contro, l'interpretazione decisoria ha carattere politico (cioè di politica del diritto), non solo nel senso che è frutto di scelte in senso lato politiche, ma anche, sembrerebbe, nel senso che concorre in qualche modo alla determinazione della fisionomia dell'ordinamento.

La nozione di interpretazione cognitiva potrebbe sembrare, a prima vista, stravagante: quando sfogliamo la letteratura giuridica, non ci aspettiamo di imbatterci in questo tipo di attività¹². Ma forse le cose non stanno proprio così: in effetti, è ben possibile che un giurista intraprenda un tipo di attività intellettuale *simile*¹³ a ciò che Guastini definisce interpretazione cognitiva, e inoltre è anche plausibile *a)* che un tale tipo di attività venga svolta più frequentemente di quanto non sembri; *b)* che una attività di questo tipo sia importante e rilevante, che non sia affatto il trastullo cervellotico di un giurista poco indaffarato; e altresì *c)* che una attività di questo tipo sia spesso svolta anche dai giudici, ad esempio in una parte della motivazione in cui il giudice prospetta varie possibili interpretazioni del discorso delle fonti, per poi procedere alla scelta di una di tali interpretazioni.

Comunque la si voglia pensare in merito all'effettiva presenza dell'interpretazione cognitiva nei discorsi dei giuristi, nell'impianto teorico di Guastini l'interpretazione cognitiva assume una vera e propria priorità logica e concettuale. Infatti è proprio l'individuazione del novero dei significati astrattamente ascrivibili ad un testo normativo (la cornice), individuazione effettuata appunto in sede di interpretazione cognitiva, a rendere possibile definire come “interpretazione” propriamente detta la scelta di uno di tali

¹⁰ Si tratta di una costruzione dichiaratamente debitrice della distinzione kelseniana tra interpretazione scientifica e interpretazione autentica, così come lo è anche l'idea – ampiamente sfruttata da Guastini – della “cornice” dei possibili significati normativi. Cfr. Kelsen (1960, cap. VIII).

¹¹ Ovvero, sono attività che si compiono mediante atti linguistici diversi: l'interpretazione cognitiva tramite atti linguistici constativi, l'interpretazione decisoria tramite l'atto linguistico “di interpretazione decisoria” (simile all'atto linguistico performativo): 36-37.

¹² Come riconosce lo stesso Guastini (2004b, 86). Quella di non essere un'attività effettivamente praticata dai giuristi è forse la critica più ricorrente rivolta a questa nozione (o a quella, analoga, elaborata da Kelsen): Viola e Zaccaria (1999, 171); Villa (2012, 183); e, con riferimento a Kelsen, Gianformaggio (1988, 466).

¹³ Il senso di questa qualificazione diverrà chiaro tra breve.

significati: “interpretazione” è infatti, per Guastini, l’attribuzione di significato ad un enunciato delle fonti, scegliendo tra le varie possibilità disponibili grazie alle regole della lingua, alle diverse tecniche interpretative in uso, alle tesi dogmatiche diffuse in dottrina, ecc.; ove invece il presunto interprete fuoriesca dal novero di tali possibilità, non starà facendo vera interpretazione, ma piuttosto creazione di significati nuovi (ragion per cui la “interpretazione creativa” non è vera interpretazione)¹⁴.

Cosa c’è che non funziona in questo quadro? A mio parere, la difficoltà fondamentale è compendiata nella nozione stessa di interpretazione cognitiva, così come difesa da Guastini: infatti non mi è del tutto chiaro che cosa essa sia, e se sia possibile. Riportiamo, per precisione, la definizione di Guastini:

l’interpretazione *cognitiva* [...] consiste nell’identificare, di un testo normativo, i diversi possibili significati (tenendo conto delle regole della lingua, delle diverse tecniche interpretative in uso, delle tesi dogmatiche diffuse in dottrina, etc.) *senza sceglierne alcuno*. (27-28, corsivi nell’originale)

Si vede chiaramente che in questa definizione non si parla dei significati che “possono” essere attribuiti ad un testo in un senso meramente empirico (di fatto, tutto può accadere: non si può escludere *ex ante* la possibilità dell’interprete pazzo, o stravagante, o che commette un grave errore di diritto)¹⁵. L’interpretazione cognitiva si svolge infatti alla luce delle regole della lingua, delle convenzioni semantiche, delle diverse tecniche interpretative in uso, e delle tesi dogmatiche diffuse in dottrina; talvolta, in effetti, Guastini parla non già di significati possibili, ma di significati “ammissibili” (29, 36, 60, 61, 267, 333 nt. 36, 426).

Benissimo. Purtroppo però, se così stanno le cose, la nozione di interpretazione cognitiva intesa come impresa “puramente scientifica” (31, 36)¹⁶ entra in crisi, e sotto vari profili.

In primo luogo, se praticata per così dire allo stato puro, l’interpretazione cognitiva sembra essere un’impresa impossibile¹⁷: la vertiginosa lista dei possibili significati di un enunciato delle fonti emergerebbe da un esercizio pressoché borgesiano di arte combinatoria tra i criteri offerti dalle regole della lingua (incluse le rispettive varianti storiche, probabilmente), dalle regole giuridiche sull’interpretazione (a loro volta frutto di interpretazione, ovviamente, e dunque a loro volta passibili di molteplici differenti declinazioni in sede interpretativa), dalle convenzioni interpretative, dalle tesi dogmatiche e dalle tecniche interpretative presenti nella cultura giuridica (di tutte le tesi dogmatiche e tecniche interpretative? Anche di quelle più marginali, cervelotiche ed eterodosse?), e si può presumere (a voler dare qualche significato allo «etc.» usato da Guastini nel brano riportato poco sopra) che all’individuazione della cornice potranno concorrere anche considerazioni ulteriori come le definizioni indicate dallo stesso legislatore, o altre indicazioni provenienti dall’autorità normativa come ad es. le rubriche, i “considerando”

¹⁴ «La cornice (anche se di incerta identificazione) – e con essa l’interpretazione cognitiva che consiste nell’identificarla – serve a classificare le operazioni degli interpreti: in particolare, a discriminare tra interpretazione propriamente detta e creazione di diritto nuovo» (60; v. anche 29, 61, 267, 338, 425-426; nonché 2005, 460; 2006, 82).

¹⁵ A quali condizioni queste cose sono solo episodi stravaganti, che in realtà non modificano il diritto? Tornerò su questo punto nel § 4.

¹⁶ 2004a, 81; 2004b, 85 («L’accertamento di un significato è operazione cognitiva (e dunque scientifica)»).

¹⁷ Infatti, in altra occasione Guastini (2006, 81) ha riconosciuto che la cornice potrebbe essere identificabile solo “teoricamente”: un compito proprio del giudice Hercules.

nelle direttive e regolamenti comunitari, o le motivazioni o relazioni di accompagnamento a certi atti normativi, ecc.¹⁸.

Ora, è ragionevolmente realizzabile una simile attività?¹⁹ E servirebbe a qualcosa? Sembra che per essere possibile e altresì utile, l'interpretazione cognitiva debba limitarsi a elencare solo i significati *ragionevolmente* ipotizzabili o prevedibili, cioè un sottoinsieme dei significati possibili o ammissibili, selezionato alla luce di criteri di ragionevolezza²⁰, di ulteriori criteri giuridici o sapienziali (ad esempio l'argomento di autorità, che porterebbe a privilegiare le tesi interpretative caldegiate dagli interpreti più autorevoli), ecc.: dunque l'interpretazione cognitiva, se deve essere possibile, è in parte decisoria.

In secondo luogo, analogamente, Guastini afferma, come è ovvio, che la cornice di significati accertabili tramite interpretazione cognitiva ha carattere vago, fluido (36, 60) – anche se, vale la pena di sottolineare, la cornice è, per Guastini, appunto una cornice, uno spazio *delimitato*: all'enunciato da interpretare non è possibile attribuire *qualunque* significato (333, 337). Da ciò segue la definizione stessa di interpretazione di Guastini, che abbiamo visto poco sopra. Dunque, contro la tesi dell'indeterminatezza radicale del diritto, la cornice esiste, non abbraccia uno spazio infinito; tuttavia, non sempre ne è chiaro l'esatto confine (probabilmente: mai). Uscendo dalla metafora, ciò è come dire che l'elencazione dei possibili significati da parte dell'interprete è, nuovamente, una scelta dei significati più ragionevoli, paradigmatici, o comunque di significati che, pur se dubbi, l'interprete decide di includere nella cornice (oppure che, viceversa, decide di escludere)²¹.

In terzo luogo, e come conseguenza di quanto appena detto, la nozione di interpretazione cognitiva è a sua volta una nozione interpretativa. Intendo dire che per stabilire se l'interprete “cognitivo” ha fatto bene il suo lavoro (se ha individuato bene il perimetro della cornice) non si può non ricorrere all'interpretazione: e interpreti diversi potranno costruire cornici diverse, così come lo stesso interprete potrebbe prospettarsi, per il medesimo enunciato delle fonti, diverse cornici. Dunque, potrebbe essere necessario un atto di scelta, appunto di decisione, per individuare la “migliore” cornice, senza che esista un punto archimedeo o uno “sguardo da nessun luogo” che consenta di stabilire qual è la “vera” cornice. Vista la definizione di interpretazione “propriamente detta” come individuazione di

¹⁸ Ovviamente, il peso specifico da attribuire a ciascuno di questi fattori, al fine di pervenire poi alla fase dell'interpretazione *decisoria*, varierà a seconda dell'impostazione dogmatica, dell'ideologia delle fonti del diritto, e forse anche degli interessi (in senso lato) dell'interprete nel caso concreto. Ma in sede di interpretazione *cognitiva* l'interprete dovrebbe censire tutti i significati prodotti dall'applicazione di ciascuno di questi criteri? Oppure dovrebbe, ad esempio, scartare il significato ordinario di un termine che ha ricevuto una specifica tecnicizzazione da parte del legislatore? E se la tecnicizzazione è stata fatta dalla giurisprudenza, o dalla dottrina? Ebbene, la tesi che sto qui sostenendo è che *qualunque cosa faccia* l'interprete cognitivo a questo riguardo, questa sarà una scelta.

¹⁹ V. in effetti Guastini (30, nt. 47), dove egli offre un esempio di interpretazione cognitiva, per poi riconoscere che molte possibili interpretazioni probabilmente gli sfuggono. Analoga, e anzi maggiore, cautela è utilizzata in Guastini (2012, 68). Lo stesso Tarello (1973, 259), in quello che è solitamente considerato come pressoché l'unico serio tentativo di elaborare una interpretazione puramente cognitiva, accompagna la lista dei significati da lui individuati con un cauto «almeno».

²⁰ «L'interpretazione cognitiva consiste nell'identificare la cornice, ossia nell'elencare i possibili (*plausibili*) significati del testo» (60, corsivo aggiunto). Il quadro è ulteriormente complicato dal fatto che Guastini associa al “possono” anche un elemento di prevedibilità («enumerare i diversi significati che ad un testo normativo saranno prevedibilmente attribuiti», 28): e prevedere cosa faranno gli interpreti futuri può richiedere di fare ricorso a criteri ancora diversi (ad es. conoscenze empiriche sugli orientamenti ideologici e/o dogmatici, o anche sulle simpatie personali, degli interpreti, o sulle pressioni politiche e dell'opinione pubblica che un certo tipo di caso, e di interpretazione, può “scaricare” sulla magistratura, ecc.), nonché, nuovamente, a criteri di ragionevolezza, di carità interpretativa, ecc.

²¹ Diversamente, l'interprete cognitivo dovrebbe invariabilmente concludere ogni elenco di possibili significati con la poco informativa qualificazione “ecc. ecc.”.

un significato all'interno della cornice, ciò rende controversa e sfumata la distinzione tra interpretazione propriamente detta e creazione di norme nuove: in fin dei conti, è essa stessa una distinzione dipendente dall'interpretazione (tornerò su questo punto: cfr. *infra*, § 3).

Una dimostrazione di quanto controversa, e strutturalmente dipendente dall'interpretazione, possa essere la cornice viene proprio da Guastini. Guastini infatti individua alcuni esempi di norme inesprese, derivate da una congiunzione di norme espresse e di tesi dogmatiche: mi riferisco in particolare alla norma inespressa sulla impossibilità di revisione della forma democratica dello Stato, alla delimitazione dei poteri del Presidente della Repubblica, e alla titolarità del potere di grazia (158-161). Trattandosi di norme inesprese (che sono «frutto di attività (più o meno marcatamente) “nomopoietiche”, i.e. creative di norme nuove»): 161; v. anche 52, sulla dogmatica come “matrice di norme inesprese”), le norme indicate in questi esempi dovrebbero trovarsi pacificamente fuori dalla cornice dei significati esprimibili da qualche enunciato delle fonti. Ma così facendo Guastini ha costruito la cornice facendo affidamento sulla sola interpretazione letterale degli enunciati di volta in volta rilevanti, passando sotto silenzio che la cornice è costruita, secondo la sua stessa definizione, includendo *anche le tesi dogmatiche* rilevanti per l'interpretazione di un certo enunciato delle fonti. E dunque un altro interprete, in ipotesi meno incline di Guastini all'interpretazione letterale, potrebbe ribattere a buon diritto che gli esempi indicati da Guastini sono in realtà meglio descrivibili come norme affatto espresse, fermamente radicate nella cornice del discorso delle fonti grazie all'intervento delle tesi dogmatiche rilevanti.

In quarto luogo, abbiamo visto che l'interpretazione cognitiva dovrebbe censire i significati ammissibili secondo certi criteri (regole della lingua, diverse tecniche interpretative in uso, tesi dogmatiche diffuse in dottrina, etc.). Tuttavia, afferma Guastini, se accade che venga proposta una nuova e inedita interpretazione del testo normativo in questione (cioè una interpretazione creativa), quest'ultima ha l'effetto di allargare la cornice dei significati ammissibili; una successiva attività di interpretazione cognitiva dovrà tenerne conto come interpretazione possibile (36). Anche questa precisazione, che introduce un criterio di “ammissibilità” delle possibili interpretazioni eterogeneo rispetto a quelli visti sopra (secondo quest'ultimo criterio, è interpretazione *ipso facto* ammissibile ogni interpretazione che sia già stata resa in passato), rende l'interpretazione cognitiva alquanto impraticabile. Infatti, il (meta-)interprete cognitivo, dopo avere ricostruito la cornice “in astratto”, per così dire, cioè sulla base dei criteri normativi più volte menzionati (le regole della lingua, le diverse tecniche interpretative in uso, le tesi dogmatiche diffuse in dottrina, etc.), dovrebbe: *a)* prendere in considerazione *tutte* le interpretazioni rese da *tutti* gli interpreti; *b)* verificare se tra queste interpretazioni ve ne sono alcune che, data la cornice così come è astrattamente individuabile, la forzano o ne fuoriescono; *c)* riformulare quindi la cornice alla luce di tali eventuali interpretazioni creative.

Mi sembra evidente che, già dal punto di vista della sua effettiva praticabilità, un'indagine di questo tipo sfumi nell'utopia. Ma a parte questo, che qualcosa qui non torni risulta anche dal seguente paradosso. Se è vero, come Guastini afferma senza ulteriori qualificazioni, che una decisione interpretativa creativa è in grado di modificare la cornice, allora non si vede come la cornice possa assolvere alla sua funzione logica, e ancor più “normativa”, di distinguere tra interpretazione propriamente intesa e integrazione del diritto. Se ogni interprete può modificare a piacimento la cornice, se ogni decisione interpretativa viene automaticamente incorporata nella cornice, il concetto di cornice diventa tanto evanescente quanto inutile. Lo stesso vale se riformuliamo la tesi in maniera più debole, nel senso che ogni nuova interpretazione creativa *rende indeterminata o controversa* la cornice, anziché cambiarla automaticamente. Anche in questo caso, mi pare che la cornice diventi un

concetto tanto sfuggente quanto inutile²². A questo si potrebbe forse replicare nel modo seguente: la cornice C nel momento T₁ è in effetti determinata, ma nel momento T₂ è intervenuta l'interpretazione creativa IC, che per il futuro ha cambiato la cornice: in T₃ la cornice include il nuovo significato stabilito da IC; cosicché nel momento T₁ ha perfettamente senso affermare che IC fuoriesce dalla cornice, e inoltre nel momento T₃ la cornice è di nuovo determinata (36). Ma anche in questa riformulazione mi pare che il problema resti lo stesso: se *qualunque* interpretazione creativa, da chiunque effettuata, è idonea a cambiare la cornice, la cornice perde la sua funzione "normativa" (cioè la sua funzione di distinguere ciò che è interpretazione da ciò che non lo è) e coincide interamente con ciò che fanno di volta in volta gli interpreti²³.

Il problema è, nuovamente, che è illusorio concepire qualcosa come una interpretazione cognitiva che censisca tutte le interpretazioni decisorie rese dagli interpreti, senza che tale censimento sia guidato da criteri sostanziali come assunzioni di ragionevolezza (ad esempio circa la maggiore "rappresentatività" di un certo indirizzo dottrinale o giurisprudenziale, la diversa autorevolezza degli interpreti di volta in volta considerati, o l'eccentricità di certe interpretazioni che pertanto non vengono considerate idonee a modificare realmente la cornice), o anche da criteri giuridico-sapientziali (come ad esempio la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, oppure il diverso rilievo che può essere attribuito ad opinioni di maggioranza e opinioni dissenzienti in alcune corti collegiali, ad es. nel *common law*).

In sintesi, dunque, se l'interpretazione cognitiva deve essere possibile (e, come ho detto poco sopra, è plausibile che qualcosa di simile all'interpretazione cognitiva venga di fatto praticata dai giuristi), allora la distinzione tra interpretazione cognitiva e interpretazione decisoria non può essere una opposizione dicotomica tra cose completamente, logicamente, diverse: la distinzione è, piuttosto, una questione di grado. Per un verso, entrambe hanno componenti cognitive (l'interpretazione decisoria infatti consiste nella scelta di un significato all'interno della cornice, e dunque presuppone che la cornice sia stata individuata: 29). Per altro verso, entrambe presuppongono scelte da parte dell'interprete, pur cambiando nei due casi il grado di *incisività* della scelta: solo nell'interpretazione decisoria l'interprete esclude tutti i possibili significati tranne uno. In particolare, nell'interpretazione decisoria ha un ruolo determinante la possibilità di presentare la scelta interpretativa come l'unica *corretta*, o come la più corretta delle altre disponibili (Taruffo 1997; Diciotti 1999, 200; Chiassoni 2007, 50). Ma ciò non toglie che valutazioni analoghe sono presenti anche nell'interpretazione cognitiva (se così non fosse, essa sarebbe un'impresa impossibile, o del tutto inutile, per i motivi che ho cercato di mostrare). È vero che nell'interpretazione cognitiva l'interprete non si impegna in una gerarchizzazione delle interpretazioni censite *all'interno* della cornice. Ma l'atto stesso di collocare una possibile tesi interpretativa all'interno o all'esterno della cornice è frutto di una scelta.

La differenza rilevante, dunque, non è tra registrare tutti i significati, da una parte, e sceglierne uno, dall'altra; la differenza è tra scegliere più significati e sceglierne uno solo.

²² Avrebbe la stessa utilità di un dizionario, o anche di un libro di grammatica, che cambiasse ad ogni singola istanza di uso difforme da parte dei parlanti.

²³ Si tratta in effetti della stessa critica che Guastini rivolge allo scetticismo radicale (425). A dire il vero, il trattamento del concetto di cornice da parte di Guastini sembra fare affidamento contemporaneamente su assunti dello scetticismo moderato (l'esistenza di una cornice accertabile di significati), e dello scetticismo radicale (le decisioni degli interpreti cambiano la cornice). L'effetto paradossale può essere evitato, forse, solo stabilendo *quali* interpretazioni creative siano effettivamente in grado di modificare la cornice (dunque, distinguendo i "poteri semiotici" dei diversi tipi di interpreti al riguardo), e quando invece una interpretazione creativa non sia idonea a modificare la cornice.

Che certamente è una differenza ma, appunto, solo di grado (è una differenza che peraltro ha ovvie implicazioni: ad esempio, solo l'interpretazione decisoria è idonea ad indicare la norma che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale; l'interpretazione cognitiva, di contro, può solo rappresentare un momento prodromico all'interno della complessiva elaborazione della premessa maggiore).

3. Interpretazione vs costruzione giuridica

Un'altra opposizione dicotomica ampiamente sfruttata da Guastini è quella tra interpretazione propriamente detta e costruzione giuridica.

L'interpretazione propriamente detta è, come ormai sappiamo, la scelta da parte dell'interprete di uno dei possibili significati dell'enunciato normativo, tra quelli che ricadono nella cornice e che sono enumerabili in sede di interpretazione cognitiva. La costruzione giuridica consiste invece in una vasta serie di operazioni, svolte tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, tra le quali sono esempi caratteristici:

- «(a) la creazione di lacune assiologiche;
- (b) la elaborazione di norme inesprese o "latenti" ("regole" "principi", secondo i casi) che si pretendono implicite,
- (b1) onde colmare tali lacune, ovvero
- (b2) onde concretizzare principi;
- (c) la creazione di gerarchie assiologiche tra norme;
- (d) il bilanciamento tra principi confliggenti» (32)

Fa parte della costruzione giuridica anche l'interpretazione creativa, ossia quel tipo di interpretazione decisoria che presceglie un significato non ricompreso all'interno della cornice (32-33).

A differenza che per la distinzione esaminata nel paragrafo precedente, la distinzione tra interpretazione e costruzione non sembra concettualmente mal formata: i due concetti rilevanti sembrano costruiti in maniera coerente. Il problema qui è però che i due concetti sembrano fotografare due polarità estreme in uno spettro, e che tutto ciò che di interessante accade nell'argomentazione giuridica sembra trovarsi in mezzo a queste polarità. Più chiaramente: il problema non è solo che esistono casi dubbi tra interpretazione in senso proprio e costruzione giuridica, cosa che Guastini ammette tranquillamente²⁴, e che comunque non rappresenta di per sé un ostacolo insormontabile alla costruzione di una opposizione concettuale. Il problema, piuttosto, è l'assoluta preponderanza e pervasività dei casi dubbi. In altre parole, nella stragrande maggioranza delle ipotesi non è chiaro se siamo in presenza di interpretazione propriamente intesa, oppure di costruzione e creazione giuridica da parte degli interpreti. Nella stragrande maggioranza delle ipotesi, possono esserci fondate e plausibili ragioni per qualificare *una stessa attività* tanto come puramente

²⁴ «La linea di demarcazione tra la mera interpretazione, strettamente intesa (attribuzione di significato ad un testo), e la costruzione giuridica è labile. In alcuni casi è ben possibile discutere se una data tesi dottrinale o giurisprudenziale sia frutto di semplice interpretazione o invece di genuina costruzione. *Ma in molti casi la differenza è abbastanza chiara da risultare palpabile*» (162, corsivo aggiunto). Mi sembra che in altre occasioni Guastini abbia invece adottato una posizione assai più simile a quella che sto cercando di argomentare qui: Guastini 1993, 369; 2001, 2034, nt. 3; 2004a, 82 (interpretazione e integrazione del diritto «tendono fatalmente a sfumare l'una nell'altra»). Forse il *revirement* non è del tutto casuale. In effetti, come dicevo in apertura di questo lavoro, Guastini 2011a testimonia sotto vari profili un ammorbidimento dello scetticismo interpretativo a lungo professato dell'Autore nel corso della sua produzione scientifica.

interpretativa, quanto come “costruttiva”. Inoltre, sia le attività puramente interpretative esibiscono profili costruttivi, sia le attività costruttive hanno dimensioni interpretative. Se le cose stanno così, allora la distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica è descrittivamente ed esplicativamente inadeguata perché, sopprimendo gli aspetti al tempo stesso sia interpretativi che costruttivi presenti nella stragrande maggioranza delle attività dei giuristi, non è in grado di rendere conto in maniera soddisfacente di tali attività. E di conseguenza, la distinzione netta, chiara, tra interpretazione e integrazione può salvare la propria tenuta concettuale solo in casi estremamente semplificati di interpretazione giuridica (i proverbiali “casi di scuola”).

Uno spunto in questo senso lo offre lo stesso Guastini: dopo aver introdotto la categoria dell’interpretazione (decisoria) creativa – l’interpretazione che presceglie un significato non previamente riconducibile alla cornice – Guastini afferma che l’interpretazione creativa “pura” è fenomeno estremamente raro: nella maggior parte dei casi, l’interpretazione creativa consiste nel derivare norme inesprese, a partire da norme esplicite – norme cioè che sono a loro volta derivate da enunciati delle fonti (31, 33, 155). Il più delle volte, dunque, anche quando sembra fuoriuscire dalla cornice, l’interprete sviluppa, in qualche senso e in qualche misura, il diritto preesistente (o presenta argomenti e adduce ragioni atte a mostrare la continuità tra la tesi interpretativa proposta e il diritto preesistente).

Per suffragare ulteriormente la critica che ho appena introdotto passerò brevemente in rassegna alcuni tipi di casi, per i quali non è chiaro se si tratti di interpretazione o di costruzione giuridica²⁵.

a) La distinzione tra interpretazione estensiva (come attività interpretativa) e analogia (come attività costruttiva/integrativa); è una delle distinzioni più controverse nella teoria e nella prassi dell’interpretazione giuridica, in considerazione anche delle sue importanti conseguenze pratiche – principalmente, il divieto di analogia in materia penale. In sintesi, Guastini, afferma che l’interpretazione estensiva manipola, per così dire, i bordi della cornice (essa forza, pur se in maniera non irragionevole, i significati riconducibili alla cornice), mentre l’analogia ricade direttamente al di fuori della cornice (277-279). Facile da dire in teoria, difficile da accertare in pratica, visto anche che la cornice non solo può essere indeterminata da un punto di vista linguistico, ma – secondo la definizione di Guastini – è anche influenzata dalle costruzioni dogmatiche, dalle tecniche interpretative ecc.; e nel momento in cui tra tali tecniche interpretative includiamo cose come il ricorso a principi (generali o costituzionali), alla *ratio legis*, il criterio di ragionevolezza, l’argomento della coerenza, e cose simili, ci accorgiamo che ci sono più cose nella cornice di quante ne sogni la nostra filosofia. Probabilmente, qualunque analogia può essere agevolmente, o non troppo irragionevolmente, ricondotta all’interno della cornice, una volta che la cornice sia stata ricostruita in modo da includere tecniche interpretative, tesi dogmatiche, e precedenti interpretazioni creative. La conclusione è scontata: «la linea di demarcazione tra l’interpretazione estensiva propriamente detta e la costruzione di una norma inespressa è molto fluida e sottile» (282; v. anche 98-100)²⁶. Di più: interpretazione estensiva e analogia sono due modi «di argomentare o di fraseggiare una medesima operazione» (282)²⁷. Sottoscrivo.

²⁵ Alcuni esempi in cui non è chiaro se si stia facendo interpretazione o costruzione sono peraltro indicati dallo stesso Guastini (49, nt. 28).

²⁶ Per la tesi che tra interpretazione estensiva e analogia vi sia solo una differenza di grado, v. Guastini 1993, 369; Gianformaggio 1987, 327. La tesi, ancora più forte, che non vi sia alcuna distinzione tra interpretazione estensiva e analogia era stata inizialmente difesa da Bobbio, 2006, 163-182 (Bobbio ha successivamente indebolito, ma non mi pare abbia mai del tutto sconfessato, questa tesi).

²⁷ Guastini 2001, 2034; «per quanto concettualmente distinte, hanno esiti identici» (2033). La stessa idea era stata già formulata, quasi alla lettera, da Bobbio 1968.

b) Quanto appena detto vale, con pochi adattamenti, anche per la distinzione tra interpretazione restrittiva e defettibilità, ossia l'introduzione di eccezioni implicite, non previste dalla formulazione letterale di una norma (v. 98-100). A questo proposito mi limito ad aggiungere che una norma può essere resa defettibile non solo per ragioni *esogene* rispetto all'ordinamento giuridico (come i soggettivi sentimenti di giustizia dell'interprete), ma anche per ragioni *endogene*: ad es. per renderla compatibile con un principio costituzionale, o per rendere conforme alla sua *ratio legis*. In questi casi, dunque, la defettibilità è ottenuta sulla base di un'interpretazione sistematica, ossia con una tecnica *interpretativa* e non meramente *creativa* (e si ricordi che, nella definizione di Guastini, la cornice dei significati ammissibili include anche i significati che si ottengono tramite le tecniche interpretative vigenti nella cultura giuridica di riferimento).

c) La concretizzazione dei principi. I principi giuridici sono norme altamente generiche e indeterminate, che non possono essere applicate direttamente ai casi concreti; un principio governa la decisione di un caso concreto solo con la mediazione di una regola, che concretizza il principio; tale operazione di concretizzazione può essere svolta dal legislatore, oppure direttamente dagli interpreti. Ebbene, la concretizzazione dei principi in sede interpretativa appartiene, secondo Guastini, all'ambito della costruzione giuridica (e non della interpretazione in senso stretto: 192-195). È peraltro operazione discrezionale, visto che – a causa dell'elevata genericità e indeterminatezza di ciascun principio – è possibile in astratto derivare da un principio numerose regole concretizzatrici alternative tra loro. La ricostruzione di Guastini mi sembra ineccepibile. Però il punto rilevante, qui, è che non vedo sul piano logico una differenza apprezzabile tra la concretizzazione dei principi, e ciò che Guastini chiama "interpretazione in concreto", ossia la sussunzione di un caso sotto un caso più generale; secondo Guastini, l'interpretazione in concreto consiste nel prendere una «decisione intorno all'estensione di un concetto» (17)²⁸, e questo è quanto mi pare accada anche nel caso della concretizzazione di principi. Più precisamente, la concretizzazione dei principi mi pare possa essere considerata come una "sussunzione generica", distinta dalla sussunzione individuale propria dell'interpretazione in concreto²⁹. Ma non mi pare che solo nel caso della concretizzazione dei principi, e non anche nella sussunzione individuale, entrino in gioco scelte e valutazioni: anche per sussumere *Scientology* nella classe generale delle religioni, o un triciclo nella classe generale dei veicoli (per riprendere gli esempi utilizzati da Guastini), è necessario fare qualcosa di più che una mera ricognizione semantica.

d) La distinzione tra lacune normative e lacune assiologiche. Una lacuna normativa si ha quando «il legislatore disciplini una serie di fattispecie, ma ometta di disciplinare una o più d'una delle loro possibili combinazioni» (128): è il fatto che alcuni degli elementi che compongono la fattispecie complessa sono oggetto di regolamentazione giuridica, mentre la fattispecie complessa non lo è, a far ritenere che il caso non disciplinato sia "giuridicamente rilevante". Una lacuna assiologica consiste invece, a seconda dei casi, nella mancanza di una norma giusta, soddisfacente (e nella contestuale presenza di una norma insoddisfacente, subottimale), oppure nella mancanza di una norma differenziatrice (e nella contestuale presenza di una norma indebitamente eguagliatrice), oppure nella mancanza di una norma eguagliatrice (e nella contestuale presenza di una norma indebitamente differenziatrice), oppure anche nella mancanza di una norma che, secondo l'interprete, dovrebbe esserci (134-137). Ebbene, Guastini afferma che l'individuazione, o forse la creazione, delle lacune normative (non certo la loro soluzione) è una questione di interpretazione in senso stretto

²⁸ L'interpretazione in concreto «riduce l'indeterminatezza delle norme» (18).

²⁹ La sussunzione generica è «un quid intermedio tra interpretazione in astratto e interpretazione in concreto»: v. Guastini 2006, 73, nt. 13.

(129 ss.), mentre le lacune assiologiche sono frutto di integrazione o costruzione giuridica. Il problema è però, come rileva lo stesso Guastini, che non c'è una chiara linea di demarcazione tra lacune normative e lacune assiologiche: spesso, afferma Guastini, *la stessa situazione* può essere descritta, in maniera egualmente plausibile, come un caso di lacuna normativa o come un caso di lacuna assiologica³⁰.

Pertanto in molti casi è palese che anche le lacune assiologiche sono in ultima analisi dipendenti dall'interpretazione, come riconosce lo stesso Guastini (331, nt. 25): infatti, una lacuna assiologica per mancanza di norma differenziatrice può essere determinata da una interpretazione estensiva, e una lacuna assiologica per mancanza di norma eguagliatrice può essere determinata da una interpretazione restrittiva; una lacuna assiologica può essere determinata dalla discrasia tra una norma inferiore (ad es., una legge) e una superiore (la costituzione), e come tale può essere rilevata con una attività puramente interpretativa. Talvolta, l'interprete adotta come parametro assiologico per predicare l'ingiustizia, l'inadeguatezza, l'incongruenza, ecc., della norma esistente un criterio (un principio, un valore ecc.) ricavabile dallo stesso sistema cui appartiene quella norma: e potremo allora parlare di lacune assiologiche "interne", o "interpretative" (Rodríguez 2000). Le lacune assiologiche di questo tipo non sono altro che tipi di antinomie (Chiassoni 2007, 210-211), quantomeno in tutti i casi in cui il criterio superiore è ricostruibile come un principio dell'ordinamento, e rilevare una antinomia è, secondo Guastini, attività interpretativa.

e) L'interpretazione sistematica; è noto che l'interpretazione sistematica non è una singola tecnica interpretativa, ma piuttosto una (popolosa) famiglia di tecniche interpretative, tutte accomunate dal fatto di fare riferimento, nell'interpretazione di un enunciato, al "sistema". Alcune di queste tecniche, mi sembra, sfidano la distinzione tra interpretazione e integrazione: si pensi al combinato disposto, o alla costruzione di principi impliciti a partire da norme esplicite (su cui v. *infra*) o, il che è di fatto lo stesso, al procedimento di individuazione della *ratio legis*. Guardando in particolare al combinato disposto, forse Guastini potrebbe salvare la distinzione concettuale tra interpretazione e costruzione in questo modo: è costruzione la fase di "combinazione" degli enunciati delle fonti, mentre è interpretazione l'ascrivere loro significato. Questa mossa potrebbe anche sembrare concettualmente plausibile, forse, ma credo che finisca per mostrare, ancora una volta, la continuità tra interpretazione e integrazione/costruzione.

f) Bilanciamento e interpretazione. È vero che, a rigori, il bilanciamento tra principi costituzionali non è interpretazione in senso stretto, ma piuttosto consiste nell'individuazione di un ordine di preferenza tra due principi (previamente identificati in sede interpretativa) – questa è, in ogni caso, la ricostruzione che ne offre Guastini (206-210). Ma forse le cose possono essere viste anche da un'altra angolazione: il bilanciamento, infatti, può anche essere considerato non come qualcosa di diverso dall'interpretazione, o come qualcosa che interviene solo *post interpretationem*, ma come una fase del procedimento interpretativo. Il bilanciamento, infatti, specialmente se inteso come bilanciamento definitorio (Pino 2010, 189-190), può essere considerato come una attività attraverso cui si ridefinisce e si precisa il contenuto e l'ambito di applicazione di uno dei principi in conflitto, o di entrambi, di solito tramite l'introduzione di limiti ed eccezioni implicite: in effetti, il bilanciamento consiste nel rendere defettibile uno dei principi in gioco, o entrambi (Pino 2010, 183). Se si accetta questa descrizione, allora il bilanciamento non è qualcosa di completamente diverso rispetto all'interpretazione: piuttosto, è un modo di argomentare una possibile interpretazione di un enunciato costituzionale che esprime un principio confliggente con un altro principio costituzionale.

³⁰ 137-138, 149, nt. 76. Talvolta Guastini sembra aderire ad una tesi ancora più forte: che tutte le lacune, o la gran parte di esse, sono assiologiche: v. 161, 224.

g) L'integrazione *all'interno* della cornice: se, come di solito accade, la cornice è indeterminata, e se l'interpretazione è una scelta tra più possibili significati, allora anche l'interpretazione in senso proprio ha elementi integrativi e innovativi (seppure in senso debole): questo perché anche l'interpretazione in senso proprio, quella che rimane all'interno della cornice, stabilendo qual è il significato ammissibile ad esclusione degli altri, elimina una precedente situazione di indeterminatezza del diritto. Prima dell'interpretazione il diritto è indeterminato (l'enunciato delle fonti è suscettibile di plurime interpretazioni), dopo l'interpretazione è stato individuato autoritativamente un solo significato come il significato corretto dell'enunciato delle fonti. A interpretazione avvenuta, non è indifferente che un certo significato sia stato scelto dagli interpreti come significato corretto. E questo è vero, mi pare, sia quando l'interprete fa interpretazione "dichiarativa", cioè aderisce al significato letterale *prima facie* dell'enunciato delle fonti, sia quando l'interprete fa interpretazione "correttiva" (estensiva o restrittiva)³¹.

h) L'individuazione di gerarchie assiologiche può essere frutto di interpretazione sistematica, o addirittura di interpretazione testuale (la disposizione dell'art. 42 della costituzione, letteralmente interpretata, istituisce una chiara gerarchia assiologica tra l'iniziativa economica privata, da una parte, e l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà, la dignità umana, dall'altra).

i) La costruzione di principi inespressi richiede di risalire alla *ratio*, al principio ispiratore di un insieme di norme di partenza (o anche, eventualmente, di una sola norma di partenza); si tratta dunque di un tipo di interpretazione teleologica o sistematica.

Per concludere su questo punto, tre brevi riflessioni.

La prima riflessione è che la distinzione tra interpretazione e costruzione è questione di grado, quantomeno nella stragrande maggioranza delle ipotesi; per comprendere le attività effettivamente svolte dai giuristi, o la stragrande maggioranza di esse, o quelle più interessanti, abbiamo bisogno non di nozioni costruite su una opposizione dicotomica, ma di nozioni graduali e "quantitative" (altrove ho proposto di utilizzare la nozione di "scarto" per denotare la distanza tra il significato *prima facie* di un enunciato normativo e il significato "tutto considerato" attribuito dall'interprete ad esito dell'attività interpretativa: Pino 2010, 18-20; 2013). In particolare, tra interpretazione e integrazione sembrerebbe esserci un continuum logico, perché in molti casi esse sono indistinguibili; e un continuum cronologico-pragmatico perché, nella misura in cui sia possibile distinguerle, attività interpretative sono prodromiche, e spesso funzionali, all'effettuazione di operazioni integrative (Chiassoni 2007, 64).

La seconda riflessione è che la distinzione tra interpretazione e costruzione (o integrazione) è una distinzione che, necessariamente, dipende a sua volta dall'interpretazione. L'affermazione che l'enunciato E_1 è un enunciato propriamente interpretativo, mentre l'enunciato E_2 è un enunciato integrativo, è a sua volta frutto di una certa interpretazione dei materiali normativi di partenza. E come tale risente di tutta l'opinabilità propria di qualunque operazione interpretativa, senza che vi sia un punto archimedeo dal quale un (meta-)interprete possa stabilire, "oggettivamente", la natura interpretativa o integrativa di un certo enunciato³². Come abbiamo già visto (*supra*, § 2), la

³¹ Cfr. Cass., SS.UU., n. 18288/2010: «Il diritto vivente postula, quindi, la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente "creativa" della interpretazione, la quale, senza varcare la "linea di rottura" col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima».

³² Sulla non trascendibilità dell'interpretazione, v. Celano 1999, 241-245; cfr. anche Rescigno 2005, 35 (chi interpreta entra automaticamente nel gioco interpretativo). Mi pare che questo aspetto sia sottovalutato da

cornice può essere ricostruita in maniere diverse da interpreti diversi, e dunque interpreti diversi potranno sostenere, con argomenti rispettabili (o comunque rispettabili a partire dalle premesse adottate da ciascuno dei giuristi coinvolti), che uno stesso enunciato E_1 è interpretativo oppure integrativo³³. E questo proprio perché la cornice è costruita (da Guastini) in modo da includere anche le tecniche interpretative, le convenzioni argomentative, le tesi dogmatiche ecc.: in tal modo, infatti, la cornice viene ad includere anche cose controverse come le interpretazioni ammissibili alla luce della *ratio legis*, dei principi generali, del canone di ragionevolezza, della coerenza, ecc.

La terza riflessione è che la continuità tra interpretazione e integrazione si lega ad un aspetto importante della pratica giuridica, che è la sua dimensione argomentativa: i giuristi si sforzano di argomentare in modo da ricollegare le premesse delle loro decisioni interpretative al diritto preesistente (Lyons 1999, 301-303). Certo, si potrebbe ripetere, più o meno stancamente, che sotto l'ombrello dell'interpretazione i giuristi fanno in realtà tutto ciò che vogliono, in base ai loro per lo più inconfessati obiettivi di politica del diritto, o in base ad altri ancor meno confessabili interessi particolari. Ma credo che una simile tesi liquidatoria, che consegna all'autoinganno o alla mala fede una pratica in cui sono coinvolte migliaia di persone, pecchi non solo di carità interpretativa, ma anche di sufficienti evidenze fattuali. Inoltre, i criteri argomentativi effettivamente praticati hanno non solo una funzione di paravento rispetto a motivi soggettivi non formulabili in una motivazione pubblica, ma a mio giudizio hanno anche una importante funzione disciplinatrice dell'argomentazione: e, come dice Guastini, «non *qualunque* interpretazione può essere persuasivamente argomentata» (333, corsivo nell'originale).

4. L'apporto degli interpreti alla creazione del diritto

Un tema ricorrente nel libro di Guastini è il contributo degli interpreti alla creazione del diritto: di tutti gli interpreti, sia dei giuristi, sia dei giudici. Anzi mi pare che un tratto saliente della produzione teorico-generale più recente di Guastini sia la più marcata attenzione al *Juristenrecht*, mentre in passato il suo oggetto di analisi privilegiato era costituito dai discorsi della giurisprudenza.

Alla comprensione di questo fenomeno, peraltro, sono funzionali le distinzioni concettuali che ho discusso fin qui: sia la distinzione tra interpretazione cognitiva e interpretazione decisoria, per un verso, sia la distinzione tra interpretazione propriamente detta e costruzione giuridica, per altro verso, hanno l'effetto di mettere in chiaro i differenti modi in cui gli interpreti partecipano alla creazione del diritto. In effetti, quando gli

Guastini tutte le volte in cui, a fini esemplificativi, traccia con estrema sicurezza la distinzione tra esempi di interpretazione ed esempi di integrazione o creazione.

Come ho già osservato poco sopra, questo si riverbera sul modo in cui Guastini presenta i suoi esempi di interpretazione in senso stretto (in quanto distinta dalla "integrazione"): Guastini infatti di solito si concentra sull'interpretazione di un *singolo* enunciato delle fonti, senza considerare come tale interpretazione possa risentire dell'interpretazione di altri enunciati delle fonti, o di criteri e tesi dogmatiche presenti nella cultura giuridica. Negli esempi proposti da Guastini, in altre parole, l'interpretazione è sempre una questione di interpretazione letterale (v. ad es. 162-163); ma, nell'impostazione stessa di Guastini, tesi dogmatiche e tecniche interpretative (come ad esempio l'interpretazione sistematica) concorrono a delineare la cornice dei significati ammissibili, e dunque è fuorviante impostare la linea di distinzione tra interpretazione e integrazione come una questione di pura interpretazione letterale.

³³ Infatti, «per chi sia incline ad interpretare alla lettera e, in particolare, ad argomentare *a contrario* [...] la sedicente interpretazione estensiva non costituisce vera interpretazione, ma creazione (mascherata) di una norma nuova inespressa» (282). Ciò dimostra, ancora una volta, che la distinzione tra interpretazione e integrazione, e la nozione di cornice da essa presupposta, dipendono esse stesse dall'interpretazione.

interpreti intraprendono una attività variamente riconducibile alla costruzione giuridica, ivi inclusa l'interpretazione creativa, secondo Guastini essi di fatto "creano diritto nuovo", cambiano il diritto preesistente (60, 214-221, 338)³⁴.

Mi interessa, conclusivamente, esplorare un po' più da vicino la nozione di creazione del diritto in sede interpretativa. Ho l'impressione infatti che la ripetuta affermazione di Guastini che gli interpreti producono norme nuove e partecipano alla creazione del diritto risulti monca, e che pertanto rischi di essere più provocatoria che illuminante. Il problema della creatività interpretativa ha infatti, a mio modo di vedere, due profili distinti (Pino 2003, capp. III e IV). Il primo profilo riguarda le condizioni alle quali una scelta interpretativa non può essere considerata come meramente iterativa, ripetitiva del diritto preesistente: in questo senso, abbiamo visto, per Guastini è creativa la decisione interpretativa che fuoriesce dalla cornice dei significati ammissibili. Il secondo profilo riguarda le condizioni istituzionali, o anche in senso lato sociali e culturali, alle quali si può affermare che gli interpreti concorrano alla costruzione del diritto nel suo complesso – in altre parole, le condizioni alle quali una decisione creativa da parte di un qualunque interprete non si limiti a *discostarsi* dal diritto preesistente (come nel profilo precedente), ma sia anche tale da *modificare effettivamente* il diritto preesistente. Volendo, potremmo chiamare il primo aspetto della creatività giurisprudenziale "aspetto semantico", e il secondo "aspetto pragmatico".

Le due dimensioni dell'attività creativa si possono intersecare in vari modi, alcuni dei quali sono peraltro già emersi in punti cruciali nella mia discussione delle tesi di Guastini: ad esempio, si incrociano quando ci si chieda a quali condizioni una qualunque interpretazione creativa (nel primo senso, semantico) sia idonea a modificare la cornice dei significati giuridicamente ammissibili, e pertanto dovrà essere presa seriamente in considerazione da una futura attività di interpretazione cognitiva – e cioè a quali condizioni sia creativa anche nel secondo senso, pragmatico.

L'analisi di Guastini sembra concentrarsi quasi esclusivamente sulla prima dimensione, semantica, della creatività interpretativa, mentre mi sembra mancare una altrettanto adeguata trattazione della seconda dimensione, vale a dire una adeguata analisi delle condizioni, interne alla cultura giuridica, ricorrendo le quali si può dire che l'atto creativo o manipolativo del discorso delle fonti (o la proposta di politica del diritto *de sententia ferenda*) diventi anche parte del diritto. Eppure il livello di indagine che ho chiamato pragmatico è essenziale per spiegare il fenomeno della creatività interpretativa, e in assenza di esso affermazioni quali quelle riportate poco sopra (v. nt. 34, e testo corrispondente) risultano oscure, o poco più che provocatorie.

Si considerino i seguenti esempi: *a)* una interpretazione creativa *solo pensata* da un professore di diritto, o da un giudice; *b)* una interpretazione creativa formulata una sola volta oralmente a lezione da un professore di diritto, e mai più ripresa da alcuno; *c)* una interpretazione creativa contenuta in una sentenza non esecutiva, non pubblicata da alcuna rivista giuridica, superata nei successivi gradi di giudizio, e mai citata dalla successiva giurisprudenza³⁵. Tutti questi esempi possono essere qualificati come casi di creatività

³⁴ Inoltre: con la creazione di norme inesprese una «nuova norma inespressa viene aggiunta all'ordinamento» (158). Formulare norme inesprese è «creazione di diritto nuovo» (224, corsivo nell'originale; 413), così come lo è la scelta di un significato che si pone al di fuori della cornice (60). Il discorso della dogmatica non è nettamente distinguibile rispetto al discorso delle fonti (215, nt. 8), è «impossibile tracciare una chiara linea di confine tra il linguaggio del diritto e il linguaggio dei giuristi» (225); la dottrina «si risolve nel modellare il diritto» (221). L'elaborazione di norme inesprese «è una sorta di legislazione "apocrifa" degli interpreti» (161).

³⁵ E inoltre: «la opinione dissenziente di un giudice; una tesi interpretativa sostenuta una volta in dottrina, ma assolutamente minoritaria, e mai fatta propria dagli organi dell'applicazione; una nota a sentenza

interpretativa, nel senso che le tesi interpretative ivi proposte, in ipotesi, fuoriescono dalla cornice. Ma in che senso queste interpretazioni hanno modellato il diritto esistente, lo hanno integrato o modificato?

Non che Guastini ignori il problema. In effetti Guastini afferma, quanto alle interpretazioni dottrinali, che esse diventano diritto vigente (o vivente, o in vigore) solo se recepite dagli organi dell'applicazione (76). E quanto alle interpretazioni giurisprudenziali, che esse diventano diritto vigente solo se effettivamente applicate, *in maniera uniforme e costante*, dagli organi dell'applicazione (218, 219, 335). Si tratta di due precisazioni che probabilmente limitano non di poco la portata delle affermazioni di sapore più schiettamente giusrealista riportate poco sopra (v. nuovamente nt. 34, e testo corrispondente), ma non è questo che mi interessa adesso. Neppure trovo necessariamente insoddisfacenti i concetti alquanto vaghi utilizzati da Guastini (applicazione uniforme e costante da parte degli organi dell'applicazione, interpretazione dominante e consolidata, e simili) – di fatto, io stesso ho fatto ricorso a nozioni analoghe (Pino 2003, cap. III), e probabilmente non vi sono grandi alternative al riguardo. Mi limiterò invece a formulare due riflessioni a margine: la prima è semplicemente una possibile integrazione della posizione di Guastini; la seconda invece ci riporta, ancora una volta, a sollevare alcune perplessità sulla tenuta del quadro concettuale usato da Guastini.

Dunque, la prima chiosa è la seguente: per l'individuazione del diritto giurisprudenziale probabilmente non è sufficiente far ricorso ad una nozione meramente quantitativa (che si basa sulla mera uniformità delle decisioni giudiziali), ma occorre tenere presente anche una dimensione qualitativa, attinente al diverso grado di autorevolezza dell'interprete, in relazione alla sua posizione gerarchico-istituzionale; di fatto, è questo il modo in cui la giurisprudenza italiana, costituzionale e di Cassazione, definisce la nozione di "diritto vivente"³⁶. Verosimilmente, nella cultura giuridica italiana attuale, una sola decisione di Cassazione può spazzare via, a livello di diritto vivente, un consolidatissimo orientamento interpretativo dei giudici di pace. Certamente questo potrebbe essere considerato un dato solo contingente, di diritto positivo. Ma la strutturazione gerarchica (in qualche senso) delle corti, con conseguente diverso valore – cogente o solo persuasivo – delle relative scelte interpretative è comunque un dato costante di tutti gli ordinamenti moderni.

La seconda chiosa ci riporta alla già esplorata questione della cornice. "Orientamento consolidato" o "uniforme", "giurisprudenza dominante" sono, si è detto, concetti sfuggenti, indeterminati. Ma le interpretazioni creative, se cristallizzatesi in diritto vivente, integrano la cornice dei significati ammissibili (e si vede qui, peraltro, che Guastini procede in maniera del tutto ragionevole a rendere meno sterminata l'estensione della cornice, rispetto alla fisionomia che essa sembrerebbe avere in base ad altre definizioni dello stesso Guastini³⁷). La conseguenza segue immediatamente: a causa dell'indeterminatezza dei concetti coinvolti, la nozione di cornice si rivela ancora una volta indeterminata, sfuggente, controversa: interpreti diversi potranno ragionevolmente individuare cornici diverse, e ogni atto di identificazione della cornice (interpretazione cognitiva) sarà *propriamente* un atto di

contenente argomenti radicalmente critici nei confronti delle massime di una sentenza già definitiva» (Gianformaggio 1991, 30).

³⁶ Cfr. ad es. Cass., SS.UU., n. 18288/2010; Corte costituzionale n. 317/2009, n. 260/1992, n. 292/1985, n. 34/1977.

³⁷ Ad esempio questa: «una interpretazione creativa, che attribuisca al testo di cui si tratta un significato diverso e ulteriore rispetto a quelli ritenuti possibili in sede di interpretazione cognitiva (N4, poniamo), ha l'effetto di estendere la cornice dei significati possibili. Sicché da quel momento in poi l'interpretazione cognitiva - una "buona" interpretazione cognitiva - dovrà riconoscere quel nuovo significato (N4) come uno dei significati ammissibili» (60; v. anche 36).

interpretazione, controverso e “decisorio” quanto qualunque altro atto interpretativo. E ciò, evidentemente, travolge la distinzione tra interpretazione e integrazione: questa distinzione avrà senso solo dal punto di vista di una certa cornice.

Dove ci porta tutto ciò? Credo si aprano due opzioni alternative, che per mancanza di spazio mi limiterò qui solo a menzionare (mi astengo peraltro dall’approfondire qui la possibilità che mi sembra più promettente: che le due opzioni siano, in realtà, tra loro complementari). La prima opzione, riformista, è concepire la cornice in termini esclusivamente linguistici – ad esclusione, dunque, delle tecniche interpretative e delle tesi dogmatiche che Guastini include nella costruzione della cornice (Diciotti 1999, 482-493). La seconda opzione, radicale, è rinunciare del tutto al concetto di cornice, e alla speranza di trovare un punto oggettivo per distinguere l’interpretazione propriamente detta dall’integrazione del diritto, e provare invece a valutare direttamente la razionalità, plausibilità, e accettabilità delle argomentazioni giuridiche di volta in volta concretamente proposte o prospettabili.

Riferimenti bibliografici

- Barberis, Mauro. 2000. “Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise.” *Analisi e diritto*: 1-36.
- Bobbio, Norberto. 1954. “La teoria pura del diritto e i suoi critici.” In Id., *Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1955.
- Bobbio, Norberto. 1968. “Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia.” *Giurisprudenza italiana*: 695-702.
- Bobbio, Norberto. 2006. *L’analogia nella logica del diritto*. Milano: Giuffrè (1 ed. 1938).
- Bobbio, Norberto. 2007. *Dalla struttura alla funzione*. Roma-Bari: Laterza (1 ed. 1977).
- Celano, Bruno. 1999. “Efficacia, antirealismo, interpretazione.” *Analisi e diritto*: 229-247.
- Chiassoni, Pierluigi. 1990. “L’interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi.” In *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, 121-161. Milano: Giuffrè.
- Chiassoni, Pierluigi. 2007. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: il Mulino.
- Chiassoni, Pierluigi. 2008. “La defettibilità nel diritto.” *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2: 471-506.
- Diciotti, Enrico. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino: Giappichelli.
- Diciotti, Enrico. 2013. “Norme espresse e norme inesprese. Alcune osservazioni sulla teoria dell’interpretazione di Riccardo Guastini.” *Rivista di filosofia del diritto* (in questo stesso fascicolo).
- Ferrajoli, Luigi. 1966. “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa.” *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*: 290-304.
- Gianformaggio, Letizia. 1987. “Analogia.” *Digesto IV edizione. Discipline privatistiche*, vol. I, 320-329.
- Gianformaggio, Letizia. 1988. “Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick.” *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2: 459-487.
- Gianformaggio, Letizia. 1991. “Il filosofo del diritto e il diritto positivo.” In Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, 25-40. Torino: Giappichelli, 2008.
- Guastini, Riccardo. 1993. *Le fonti del diritto e l’interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- Guastini, Riccardo. 2001. “Interpretazione estensiva o applicazione analogica?” *Giurisprudenza costituzionale*: 2032-2035.
- Guastini, Riccardo. 2004a. *L’interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.
- Guastini, Riccardo. 2004b. “Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica.” *Diritto pubblico*, 3: 927-938.

- Guastini, Riccardo. 2005. "Ancora sull'interpretazione costituzionale." *Diritto pubblico*, 2: 457-465.
- Guastini, Riccardo. 2006. "Lo scetticismo interpretativo rivisitato." *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1: 227-236.
- Guastini, Riccardo. 2011a. *Interpretare e argomentare*. Giuffrè: Milano.
- Guastini, Riccardo. 2011b. "Interpretazione e dintorni. Esercizi di nominalismo esasperato e positivismo desueto." In *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. II, pp. 1797-1807. Napoli: ESI.
- Guastini, Riccardo. 2012. *Teoria del diritto. Approccio metodologico*. Modena: Mucchi.
- Kelsen, Hans. 1960. *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi, 1990.
- Lyons, David. 1999. "Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation." *Law and Philosophy*, 18: 297-309.
- Pino, Giorgio. 2003. *Il diritto all'identità personale*. Bologna: il Mulino.
- Pino, Giorgio. 2010. *Diritti e interpretazione*. Bologna: il Mulino.
- Pino, Giorgio. 2013. "Norma giuridica." In *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavello e Vittorio Villa. Torino: Giappichelli.
- Rescigno, Giuseppe Ugo. 2005. "Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico." *Diritto pubblico*, 1: 19-48.
- Rodríguez, Jorge Luis. 2000. "Axiological Gaps and Normative Relevance." *ARSP*: 151-167.
- Ross, Alf. 1958. *Diritto e giustizia*. Torino: Einaudi, 1965.
- Tarello, Giovanni. 1973. "La disciplina costituzionale della proprietà." In Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, 237-309. Bologna: il Mulino, 1988.
- Taruffo, Michele. 1997. "Idee per una teoria della decisione giusta." In Id., *Sui confini*, 219-234. Bologna: il Mulino, 2002.
- Villa, Vittorio. 2012. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Viola, Francesco e Zaccaria, Giuseppe. 1999. *Diritto e interpretazione*. Roma-Bari, Laterza.